

Modelo de Concessão de Serviços Públicos e o Novo Marco Regulatório do Setor Portuário

Public service concession model and the new regulatory framework of ports

Submetido(submitted): 15/12/2014

Parecer(revised): 18/01/2015

Aceito(accepted): 27/01/2015

Conrado da Silveira Frezza*

Resumo

Propósito – Este artigo visa apresentar o modelo brasileiro de concessão de serviços públicos e de agências reguladoras, bem como analisar de que forma o novo marco regulatório do setor portuário está inserido nesse modelo.

Metodologia/abordagem/design – O método de abordagem é o indutivo e a técnica para obtenção de dados é a pesquisa bibliográfica, com base em documentação indireta. A pesquisa foi de caráter qualitativo e teve como base a teoria processual administrativa da Regulação.

Resultados – Os resultados sugerem que o novo marco regulatório do setor portuário segue as regras de exploração do modelo de concessões e de agências reguladoras, apesar de possuir características singulares. Constatou-se, ainda, que o marco legal portuário fornece condições para uma produção regulatória orientada à satisfação do interesse público.

Implicações práticas – O artigo possibilita um melhor entendimento acerca da relação, nem sempre clara, entre o modelo de concessões de serviços públicos e a exploração do setor portuário. Também são questões práticas relevantes a identificação de diferenças entre o setor portuário e o modelo tradicional de concessões e a possibilidade de produção regulatória no setor voltada ao interesse público.

Palavras-chave: modelo de concessão, agência reguladora, setor portuário, teoria processual administrativa da regulação.

Abstract

Purpose – This paper aims to present the Brazilian model of public service concessions and regulatory agencies, as well as to analyze how the new regulatory framework of the port sector fits in this model.

*Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Transportes, vinculado ao Departamento de Engenharia Civil da Universidade de Brasília. Possui graduações em Direito e em Relações Internacionais. É advogado, consultor e atua como analista na Secretaria de Portos da Presidência da República. É pesquisador do Centro Interdisciplinar de Estudos em Transportes da UnB. É autor do livro *Hobbes e Locke nas Relações Internacionais* (Juruá, 2013). E-mail: conradodasilveira@gmail.com.

Methodology/approach/design – *The method of approach is the inductive one and through literature reviewing. It is a qualitative research based on the administrative process theory of regulation.*

Findings – *The results suggest that the new regulatory framework of the port sector follows the rules of the concession model and regulatory agencies, despite having unique characteristics. It was also found that the port legal framework provides conditions for a regulatory oriented production to meet the public interest.*

Practical implications – *This study provides a better understanding of the relationship, not always clear, between the model of public service concession and rendering port-associated services. There are also relevant practical issues concerning the identification of differences between the port sector and the traditional model of concessions and the possibility of regulatory-oriented production to meet the public interest.*

Keywords: *concession model, regulatory agencies, port sector, administrative process theory of regulation.*

Introdução

Os modelos de exploração de serviços públicos no Brasil têm variado conforme a prevalência do viés público ou privado na adoção de políticas públicas. Atualmente, prevalece o modelo de concessões, em que o Estado mantém a titularidade do serviço, transfere sua execução à iniciativa privada e delega a atividade de fiscalização às agências reguladoras.

Inserido nesse sistema, encontra-se o novo marco regulatório do setor portuário, que prevê a exploração da administração dos portos por concessão, e das áreas dentro dos portos por arrendamento que, no setor portuário, assemelha-se à concessão. O novo marco legal estabelecido a partir da edição da Medida Provisória nº 595/2012, posteriormente convertida na Lei nº 12.815/2013 – nova Lei dos Portos – e regulamentada pelo Decreto nº 8.033/2013, promoveu um rearranjo de competências entre os diversos entes portuários e aproximou o setor do modelo de concessões e de agências reguladoras.

A referida lei atribuiu à SEP/PR, entre outras competências, a de elaborar o planejamento setorial em conformidade com as políticas e diretrizes de logística integrada. O novo marco legal também atribuiu à SEP/PR a competência para definir as diretrizes das licitações de áreas dentro dos portos organizados e para celebrar contratos de arrendamento portuários.

De acordo com o novo marco regulatório do setor portuário, as competências dos entes estatais foram distribuídas entre a SEP/PR, a Antaq (agência reguladora) e as administrações dos portos. Trata-se de um modelo complexo, pois não há apenas a agência reguladora, mas também uma secretaria e as administrações dos portos. Esses entes trabalham de forma conjunta e

integrada para executar as políticas públicas formuladas para o setor e pôr em prática a operacionalização das atividades portuárias. Tradicionalmente, o arranjo institucional estabelecido no modelo de agências reguladoras consiste na regulação, fiscalização, formulação de diretrizes para os editais de licitações, entre outras competências, tudo pela agência reguladora, que muitas vezes representa o poder concedente. Em outros setores regulados, não há, por exemplo, um ente semelhante às administrações dos portos. A estruturação do arranjo é simples, uma vez que a agência atua desde a formulação dos editais de licitação dos serviços até a sua fiscalização.

O setor portuário possui características que o distanciam do modelo tradicional de concessões e essas diferenças suscitam questões relevantes para a discussão acerca do modelo de exploração de serviços públicos adotado no Brasil. Além do arranjo institucional diferenciado, outro exemplo disso é o fato de que a forma de exploração de áreas dentro do porto organizado – que é patrimônio público – ocorre por meio de arrendamento, embora o arrendamento seja figura típica do direito civil.

Assim, nem sempre há clareza sobre como deve ser entendida a figura do arrendamento no contexto do setor portuário, ou se esse tipo de exploração realmente encontra respaldo no modelo de concessões, o que agrega aspectos interessantes à discussão sobre o caráter público ou privado dos modelos de delegação.

Além disso, tendo em vista o arranjo institucional concebido pelo novo marco legal do setor, é relevante investigar em que medida a divisão de competências trazida pela nova lei dos portos contribui para superar as deficiências e aprimorar o modelo de agências reguladoras no Brasil.

A questão da institucionalidade do setor portuário assume relevância ainda maior quando analisada sob a perspectiva da teoria administrativa da regulação, pois permite avaliar em que medida o arranjo institucional dos portos oferece as condições necessárias para a produção regulatória voltada ao interesse público. O domínio dessas questões permite uma melhor compreensão acerca do desenho atual das instituições brasileiras e dos desafios a serem enfrentados na exploração de serviços públicos, em especial no setor portuário.

No Brasil, há uma produção significativa de pesquisas jurídicas a respeito de portos. Contudo, muitas delas enfatizam aspectos do direito marítimo ou tratam de regulação com base em marcos regulatórios anteriores, isso porque o atual marco regulatório do setor portuário é relativamente novo e ainda demanda esforços para sua melhor compreensão.

Em relação à eficácia do Estado Regulador, são frequentes análises baseadas na teoria da *public choice*, que ressalta aspectos negativos da regulação. Por isso, buscou-se evoluir na discussão adotando-se outra abordagem fundamentada na teoria processual administrativa, de Steven P.

Croley, que expõe uma concepção mais otimista a respeito da atividade regulatória.

Inicialmente, serão analisadas as características do modelo de concessões de serviços públicos e agências reguladoras no Brasil. Será tratada a evolução desse modelo bem como alguns de seus principais aspectos jurídicos e institucionais. Em seguida, será feita uma breve apresentação da teoria processual administrativa da regulação, de Steven P. Croley. Posteriormente, serão discutidos aspectos do marco regulatório do setor portuário, estabelecido pela Lei nº 12.815/2013. Será analisada, ainda, de que forma a legislação portuária vigente está inserida no modelo de concessões de serviços públicos e como a regulação do setor portuário pode contribuir para a avaliação desse modelo. Por fim, o marco legal do setor portuário será discutido com base na Teoria Processual Administrativa, buscando-se identificar as condições que permitem uma produção regulatória voltada ao interesse público.

Pretende-se, por meio deste artigo, reforçar a discussão do tema no âmbito jurídico e regulatório, trazendo fatos pertinentes capazes de suscitar discussões futuras. Mais especificamente, busca-se indicar que o atual marco regulatório do setor portuário, apesar de suas particularidades, está inserido no modelo de concessões e de agências reguladoras, e que, mesmo no caso dos arrendamentos, devem-se observar as normas gerais referentes às concessões de serviços públicos. Por fim, pretende-se indicar que, a despeito dos princípios defendidos pela teoria da *public choice*, o modelo de delegação estabelecido pelo novo marco legal do setor portuário oferece condições favoráveis para a regulação voltada a interesses públicos ou difusos.

Evolução do sistema jurídico-institucional de regulação no Brasil: modelo de concessões e agências reguladoras

Os modelos de exploração de serviços públicos no Brasil têm variado conforme o predomínio da dimensão pública ou privada na adoção de políticas públicas.¹ Em meados do Século XX, sob uma lógica desenvolvimentista, houve a predominância das empresas estatais. Cita-se, como exemplo, a Rede

¹Segundo Rua (1998, p. 2), as políticas públicas são meios para a implementação de ações de governo, que podem ser consideradas como *outputs* resultantes das atividades políticas e compreendem o conjunto das decisões e ações relativas à alocação imperativa de valores. Diferentemente da decisão política, a política pública é mais que uma mera decisão, pois envolve diversas ações estrategicamente selecionadas para realizar planos de governo. Na formulação das políticas públicas há, ainda, os chamados *inputs*, que são demandas sociais, e os *withinputs*, que são demandas originadas no interior do próprio sistema, envolvendo o cumprimento de lei, regulamentos e atos de participação.

Ferrovária Federal Sociedade Anônima (RFFSA), criada em 1957 mediante autorização da Lei nº 3.115/1957. Assim como outras estatais do setor, a RFFSA apresentava problemas graves referentes à falta de produtividade e investimentos, gerando sucateamento de equipamentos e falta de manutenção de diversos trechos, o que acarretava, ainda, entraves para o comércio.

Já na década de 1990, a partir do governo Collor, houve prevalência da concepção neoliberal na adoção de políticas públicas. Esse período foi caracterizado pela privatização em massa das estatais, pela busca de atratividade do capital externo e importação de produtos do exterior. Nesse contexto, o modelo de exploração de serviços públicos seguiu a tendência da liberalização do mercado, havendo maior flexibilização das normas que regulavam o setor, sempre no sentido da lógica de atração de investimentos e de criação de um ambiente favorável para os investidores privados (FACCIO e RÜCKERT, 2011). Cita-se, como exemplo desse momento, o setor ferroviário, que passou por um processo de privatização como alternativa para retomar os investimentos no setor, quando o governo de Fernando Henrique Cardoso concedeu linhas públicas de transporte de cargas para a exploração pela iniciativa privada.

Paralelamente ao processo de privatizações, foi sendo consolidado durante os anos 1990 o modelo de concessões de serviços públicos no Brasil. O modelo de concessões busca aliar a eficiência e a capacidade de investimento dos agentes privados com a necessidade de regulação para resguardar o interesse público. A possibilidade de concessão de serviços públicos foi prevista inicialmente na Constituição Federal, em seu art. 175:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. (...)

Conforme o referido dispositivo constitucional, a prestação de serviços públicos é atividade atribuída em primeiro lugar ao Estado. Em certos casos específicos, entretanto, a execução desses serviços pode ser transferida a particulares, desonerando o ente público de atividades em relação às quais não tem condições financeiras ou entende não seja conveniente prestar diretamente. Essa parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada, na construção e operação de infraestruturas de natureza pública, realiza-se por concessão. Mediante a concessão, a prestação do serviço “é transferida a um agente privado que se remunerará, via de regra, pelas tarifas que os usuários lhe pagarão em razão da fruição do serviço, mantendo o Estado a titularidade e os controles públicos sobre ele” (ARAGÃO, 2009, p. 1).

Como observa Aguillar (1999, p. 145), “nem todo serviço público é delegado a particulares, mas todo serviço público desempenhado por

particulares só poderá tê-lo mediante concessão ou permissão”. Quando concedido, o serviço público deve ser regulado pelo Estado, que deverá certificar-se da qualidade da sua prestação (MEIRELES, 2000).

Constata-se, ainda, do referido dispositivo da Constituição de 1998, que a concessão ocorrerá sempre por meio de licitação, que permite selecionar o agente mais apto a prestar o serviço conforme os requisitos estabelecidos no edital. Sobre o instituto da permissão, basta dizer que a diferença fundamental encontra-se na precariedade do seu contrato.

Posteriormente, no plano infraconstitucional, foi criada a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), que estabelece normas gerais para licitações e contratos administrativos. Somente após sete anos da Constituição Federal de 1998, foi criada norma específica para regular as concessões de serviços públicos, a Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995). Mais especificamente, a concessão de serviço público está prevista no art. 2º, II, da Lei nº 8.987/1995. Aragão (2009, p 3), define a concessão de serviço público, conforme a Lei de Concessões, como:

“A delegação contratual e remunerada da execução de serviço público a particular para que por sua conta e risco o explore de acordo com as disposições contratuais e regulamentares por determinado prazo, findo o qual os bens afetados à prestação do serviço, devidamente amortizados, voltam ou passam a integrar o patrimônio público.”

A Lei nº 8.987/1995 estabelece como condições para a concessão de serviços públicos: licitação (na modalidade de concorrência); prazo contratual determinado; identificação de bens reversíveis; estabelecimento de política tarifária; observância a direitos dos usuários; prestação serviço adequado; observância a parâmetros de desempenho, entre outras.

Observa-se que a licitação pública deve ser promovida pelo órgão regulador e preservando-se os direitos dos usuários, as políticas tarifárias e demais garantias. Nesse sentido, destaca-se da lei mencionada a disposição segundo a qual toda concessão pressupõe a realização de procedimento licitatório para colher a proposta mais vantajosa para o interesse público e, após sagrado o vencedor do certame, exige-se a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, definido como aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (art. 6º), além da necessidade de cumprimento de uma série de parâmetros de desempenho. Salienta-se que as concessões deverão sujeitar-se, ainda, à fiscalização (art. 3º) exercida pelas agências reguladoras.

É importante ressaltar que, com o advento da Lei nº 9.784/1999, foi instituída a base legal para as audiências e consultas públicas, que passaram a constituir a fase externa das licitações para concessão. A audiência pública está inserida no capítulo “da instrução” do processo administrativo. O art. 32 da

referida lei estabelece:

Art. 32 Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

Audiência pública é um tipo de reunião em que todos os membros de uma comunidade são convidados a comparecer, dar suas opiniões e ouvir respostas de agentes públicos e outras autoridades. É um instrumento que visa conduzir a uma decisão política ou legal com legitimidade e transparência. Trata-se de instância no processo de tomada da decisão administrativa ou legislativa, por meio da qual a autoridade competente abre espaço para que todas as pessoas que possam sofrer os reflexos dessa decisão tenham oportunidade de se manifestar antes do desfecho do processo. É por meio dela que o responsável pela decisão tem acesso, simultaneamente e em condições de igualdade, às mais variadas opiniões sobre a matéria debatida, em contato direto com todos os tipos de interessados. Já a consulta pública está prevista no art. 31, §§1º e 2º, da Lei nº 9.784/1999, como meio instrutório do processo administrativo, que pode ser utilizada quando a matéria envolver assunto de interesse geral e destinada a colher manifestação de terceiros, desde que não haja prejuízo para a parte interessada, antes da decisão do pedido.

Quanto ao significado de serviço público, existem alguns critérios doutrinários que buscam definir o termo. De um lado, o elemento material constitui-se na prestação de utilidade pública, destinada a satisfazer interesses coletivos. De outro lado, o elemento formal indica que os serviços públicos submetem-se ao regime de direito público, que contempla princípios específicos. Conforme comenta Moreira Neto (2005), a crise da noção de serviço público ocorre “diante da falta de uniformidade da presença desses elementos na identificação das atividades consideradas como serviço público, bem como da admissão de certos serviços ao regime da iniciativa privada”.

Na evolução do direito administrativo brasileiro, as agências reguladoras são produto do regime de desestatização que vem sendo progressivamente implantando. As agências ANEEL, ANATEL e ANP, inauguraram um novo modelo de intervenção regulatória do Estado na economia. O processo regulatório deixou de ser responsabilidade de departamentos da administração direta ou indireta regular e passou a ser realizado por agências independentes, sob a forma de autarquias especiais.

A criação das agências reguladoras contribuiu para viabilizar o modelo de concessões de serviços públicos. Essas agências são entes autônomos originados pelo processo de descentralização de competências dos entes federativos. Elas têm como objetivo fiscalizar a prestação dos serviços pelos entes privados, bem como regular as diretrizes gerais de exploração dos setores em que elas são especializadas.

O Brasil optou por instituir o modelo de agência reguladora a partir da Reforma Administrativa dos anos 90, iniciada com a aprovação do Plano Bresser e das emendas constitucionais de 1998. As agências reguladoras foram criadas para atuarem diretamente no setor de serviços públicos delegados. Em sentido amplo, a regulação consiste em um conjunto de medidas legislativas e administrativas pelas quais o Estado planeja, controla e fiscaliza a execução de serviços públicos prestados por particulares, no intuito de assegurar sua eficiência e qualidade. As agências reguladoras são autarquias especiais criadas com a finalidade de fiscalizar, controlar, regular e, em alguns casos, realizar o procedimento licitatório dos serviços públicos delegáveis precedidos ou não de obra pública. As agências compõem, no sistema jurídico brasileiro, a Administração Pública Indireta do ente federado (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios) ao qual estão vinculadas.

Esse modelo de regulação por agências independentes foi difundido também para outros setores, além da infraestrutura, originando a criação de mais sete agências independentes federais: a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Águas (ANA), a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), a Agência Nacional de Transporte Terrestre (ANTT), a Agência Nacional do Cinema (Ancine) e a Agência Nacional de Aviação (ANAC). Essas agências apresentam basicamente o mesmo desenho institucional das três primeiras, ou seja, configuram-se como autarquias especiais, distinguindo-se pelo tipo de regulação. Outros fatores em comum são a previsão de autonomia e estabilidade dos seus dirigentes, a preocupação com a sua independência financeira, funcional e gerencial e, ainda, procedimentos de controle e transparência (NUNES, 2007).

Em linhas gerais, as agências reguladoras atuam definindo as regras de exploração do setor e fiscalizando a prestação dos serviços. Nesse sentido, o modelo de concessões, em conjunto com as agências reguladoras, busca estabelecer uma compatibilização entre as esferas do público e do privado na exploração de serviços públicos, buscando agregar as vantagens trazidas pela contribuição da iniciativa privada e ao mesmo tempo estabelecer limites ao empreendedor e garantias ao usuário do serviço, asseguradas pelo poder regulatório do Estado.

Public choice e a Teoria Processual Administrativa da Regulação

Dadas as características do modelo brasileiro de concessão de serviços públicos e de agências reguladoras, é interessante avaliar em que medida esse modelo possibilita uma produção regulatória efetivamente voltada ao interesse público.

A possibilidade de existência de produção regulatória direcionada a interesses públicos ou difusos é analisada por Steven P. Croley (2007), em seu livro intitulado *Regulation and public interests: the possibility of good regulatory government*. Nessa obra, o autor faz uma crítica à abordagem sobre regulação proposta pela teoria da *public choice*, e propõe a teoria processual administrativa como forma mais adequada de instrumento de análise do fenômeno regulatório.

A teoria da *public choice* apresenta um conjunto de críticas ao modelo de Estado Regulador. Segundo essa abordagem, haveria três atores principais envolvidos no processo regulatório: os parlamentares; os grupos de interesses particulares; e as agências reguladoras. Haveria uma relação de troca de favores entre esses atores que tenderia à produção regulatória favorável a determinados grupo de interesse privado em detrimento do interesse público (CROLEY, 2007).

Segundo a teoria da *public choice*, uma vez que cabe ao Congresso delegar poderes às agências para a tomada de decisões regulatórias, isso possibilitaria que os parlamentares controlassem as agências. Isso porque o Congresso pode, por exemplo, aumentar ou diminuir seu orçamento, ou expandir ou diminuir suas competências. Em última análise, o Congresso pode desfazer, por meio de legislação, qualquer decisão da agência. Por outro lado, em relação às agências que colaborem com seus objetivos, o Congresso pode fornecer a elas orçamentos mais generosos, maior autoridade estatutária, concordância legislativa em relação às decisões da agência etc. Croley (2007, p. 17-18) explica a rede de troca de favores identificada pela teoria da *public choice* nos seguintes termos:

Esses vários métodos de controle por parte do Congresso permitem que os legisladores satisfaçam as demandas regulatórias dos grupos de interesse induzindo as agências, que são os reguladores de base, a tomarem as decisões regulatórias almejadas pelos grupos de interesses – caso as agências não estejam inclinadas a fazer isso por si mesmas. A obtenção de tratamento orçamentário e estatutário favorável por parte dos legisladores motiva as agências a fornecerem o tratamento regulatório desejado. Os grupos de interesses ficam satisfeitos em prover recursos eleitorais para os legisladores, que, por sua vez, podem inspirar as agências a fornecerem o tratamento regulatório desejado. Os legisladores, no intuito de assegurar recursos eleitorais necessários, são motivados a garantir que as agências forneçam a regulação que o grupo de interesse apoiador procura. Dessa forma, constitui-se o chamado “triângulo de ferro” ou, colocado de forma menos sombria, a “rede temática” de relacionamento entre grupos, legisladores, e agências

administrativas, que tipicamente caracteriza a concepção de regulação da *public choice*.²

Croley (2007) analisa diversos casos de agências norte-americanas que conseguiram implementar políticas regulatórias voltadas ao interesse público, apesar de forte pressão de grupos de interesses particulares. Nesses casos, houve ampla publicidade antes da formulação das normas regulatórias, e nenhuma das agências buscou realizar mudanças regulatórias significativas de forma confidencial, informal ou por processos decisórios puramente discricionários. O autor ressalta, ainda, que essa ampla publicidade e discussão que precedeu os atos regulatórios não propiciou ao Congresso que impusesse medidas regulatórias favoráveis a grupos de interesses. Nos casos estudados pelo autor, a defesa e a oposição às proposições regulatórias da agência ocorreram de forma aberta, argumentada e pública. Dessa forma, a publicidade dos atos permitiu não a diminuição, mas o aumento da autonomia regulatória das agências nos casos estudados pelo autor.

Croley (2007) ressalta ainda que, em todos os casos analisados, os grupos de interesse participaram ativamente do processo administrativo que levou às decisões finais das agências, contudo, sua participação não permitiu que eles tirassem do caminho ou cooptassem as iniciativas das agências. Se existe, por um lado, grande volume de ações por parte dos grupos de interesse no intuito de moldar a regulação, por outro lado foi constatada também participação significativa de partes interessadas em promover interesses difusos em favor das iniciativas das agências.

Desse modo, a principal falha da teoria da *public choice* seria que ela omite os processos de tomada de decisão regulatória bem como o uso de ferramentas legais e procedimentais presentes no direito administrativo. Segundo Croley (2007), essas regras processuais dos regimes regulatórios não

²Tradução livre. No original: “These various methods of congressional control allow legislators to satisfy interest groups’ regulatory demands by prompting agencies, the ground-level regulators, to make the regulatory decisions interest groups seek, if agencies are disinclined to do so on their own. Obtaining favorable budgetary and statutory treatment from legislators motivates agencies to supply desired regulatory treatment. Interest groups are happy to provide electoral resources to legislators who can inspire desired regulatory treatment by agencies. Legislators, in order to secure needed electoral resources, are motivated to ensure that agencies supply the regulation that their interest group supporters seek. Hence the “iron triangle” or, less darkly, the “issue network” relationship among groups, legislators, and administrative agencies that typically characterizes the public choice account of regulation. According to this account, agencies become “captured” by the very parties whose behavior the agencies are supposed to shape; perversely, control runs in the direction from interest group to agency, opposite from what might be hoped for or supposed by a public-interest model of regulation.” (CROLEY, 2007, p. 17-18)

seriam propícias para facilitar o controle do Congresso ou a busca de favorecimentos regulatórios, ou seja, os processos de criação de normas e tomada de decisões das agências não são meios propícios para a troca de favores envolvendo parlamentares, agências e grupos de interesses. O autor argumenta que, na verdade, os procedimentos administrativos de tomada de decisão regulatória não facilitam, mas dificultam, a “captura” das agências.

Os casos estudados por Croley (2007) mostraram que os grupos sem grandes interesses regulatórios específicos (*regulatory stakes*) também foram capazes de prevalecer sobre grupos com “grandes” interesses, o que seria improvável pela concepção da *public choice*. Nota-se que os grupos de interesse público englobam pessoas não organizadas, mas representadas por associações, celebridades, entre outros. Em outros casos, a regulação não foi determinada pela influência de nenhum grupo específico, mas pelas próprias mudanças econômicas e tecnológicas do setor.

Os estudos de caso apresentados por Croley (2007) ilustram a possibilidade de regulação benéfica à sociedade porque elas envolveram iniciativas regulatórias cujos benefícios sociais prevaleceram sobre os custos sociais. De acordo com o autor, as agências seriam motivadas por interesses abrangentes, influenciados por meio de procedimentos administrativos, exercendo autoridade delegada ao administrador.

Tendo em vista as deficiências apontadas pelo autor na teoria da *public choice*, Croley propõe a teoria processual administrativa, que enfatiza o processo de tomada de decisão regulatória omitido pela *public choice*, ou seja, o conjunto de procedimentos legais segundo os quais a agência regula determinado setor de atividades. Segundo a teoria proposta por Croley (2007), os resultados regulatórios são obtidos, na verdade, pela aplicação das regras formais e informais de processo administrativo à qual a agência está submetida, bem como pelo ambiente institucional no qual os administradores tomam decisões regulatórias.

Nesse sentido, a teoria processual administrativa diminui a influência atribuída pela *public choice* ao Congresso e grupos de interesse organizados, sustentando que os procedimentos de tomada de decisão das agências lhes fornecem autonomia suficiente para fomentar interesses de abrangência geral, especialmente nos casos em que encontram suporte político e legal dos outros Poderes, e isso ocorre mesmo quando há oposição concentrada de grupos de interesse auxiliados pelo Legislativo.

O autor cita os seguintes exemplos de motivações das agências que permitem a regulação destinada ao interesse público (CROLEY, 2007): controle judicial; petições de grupos de interesses públicos ou difusos; *feedback* dos consumidores; proposições acadêmicas; apelos de grupos ambientalistas; mudanças econômicas ou tecnológicas.

Isso significa que a regulação por parte das agências não seria motivada apenas por grupos de interesse específicos, mas também por grupos de interesses públicos ou difusos e, em certas circunstâncias, as agências reguladoras podem e efetivamente sustentar os interesses regulatórios de uma massa diversificada de indivíduos.

Segundo Croley (2007), em relação aos processos de tomada de decisão das agências, elas em muitas ocasiões mostram-se adeptas ao uso de recursos do direito administrativo, como a elaboração sucessiva de resoluções, audiências, consultas públicas e comitês de especialistas. Essas ferramentas permitem uma autonomia das agências em relação às pressões políticas. Assim, as agências são fortalecidas pelo uso do processo administrativo.

O autor sustenta, ainda, que em contraste com os legisladores, os administradores são muito menos dependentes dos tipos de recursos políticos tão valiosos para os membros do Congresso. Dessa forma, os administradores são menos propensos a favorecer interesses de grupos oferecendo recursos aos legisladores. Além disso, os métodos e normas de tomada de decisão são reforçadas pela fiscalização dos poderes Executivo e Judiciário, atenuando ainda mais o potencial de influência dos grupos de interesse específicos sobre as agências (CROLEY, 2007).

Em suma, o que a teoria processual administrativa propõe é que o Estado regulador possui mecanismos capazes de fornecer as condições em que a regulação socialmente benéfica pode ser alcançada, mesmo em questões de alta relevância para certos grupos de interesse ou sob forte pressão de legisladores.

Nos próximos tópicos deste artigo serão apresentadas algumas das principais características do novo marco regulatório do setor portuário e, em seguida, após considerada sua relação com o modelo de concessões e agências reguladoras, esse marco legal será analisado com base na teoria processual administrativa da regulação.

O novo marco regulatório do setor portuário

Sabe-se que a situação dos portos brasileiros tem sido identificada como um dos principais entraves para o desenvolvimento econômico do Brasil, influenciando negativamente no comércio internacional. Atribui-se esse problema, preponderantemente, aos altos custos e à pouca eficiência nas operações portuárias. No intuito de corrigir essa situação, o marco regulatório do setor portuário passou por diversas modificações nas últimas décadas, com destaque para a edição da Lei nº 8.630/1993 (Lei de Modernização dos Portos) e do Decreto nº 6.620/2008, sobre diretrizes para o desenvolvimento e fomento do setor. Essas normas introduziram significativas mudanças no setor, especialmente no que diz respeito ao uso e à administração dos portos, à

movimentação de carga e aos contratos de arrendamento (NETO e LEITE, 2003).

A Lei nº 8.630/1993 foi editada com o objetivo de tornar os portos mais ágeis e competitivos frente ao mercado internacional, uma vez que os custos operacionais eram muito superiores aos praticados no exterior. Por meio dessa lei, praticamente todos os serviços e estruturas até então operadas pelo governo foram privatizados por contratos ou arrendamentos, ficando o Estado apenas com a administração em si e com o papel de autoridade portuária.

A Lei de Modernização dos Portos teve, então, quatro pilares básicos: ampliação do direito da iniciativa privada em fazer as operações portuárias; criação do Órgão Gestor da Mão de obra (OGMO); criação da Administração Portuária; e, a instituição do Conselho da Autoridade Portuária (CAP). Além disso, entre as modalidades possíveis de transferências da operação das áreas portuárias públicas para o setor privado, foi definida a de arrendamentos de áreas e instalações portuárias, na qual a exploração das atividades portuárias ocorre após seleção por meio de licitação nas modalidades de concorrência ou leilão. O regime de exploração dos portos estabelecido pela Lei nº 8.630/1993 trouxe então mudanças para o setor, dentre as quais, destacam-se: possibilidade de a União conceder à iniciativa privada a exploração de portos organizados; desvinculação da operação portuária da administração pública do porto (mão de obra para as operações em terra, antes contratada exclusivamente pela Administração do Porto, pode ser contratada diretamente por operadores privados); arrendamento de terminais (área e instalações) dentro do porto público para iniciativa privada, possibilitando a competição entre terminais em um mesmo porto; e, permissão aos terminais de uso privativo para movimentação de cargas de terceiros.

Mais de uma década após a edição da Lei nº 8.630/1993, entrou em vigor o Decreto nº 6.620, de 29 de outubro de 2008, dispondo sobre políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e terminais portuários. O objetivo desse decreto era consolidar o marco regulatório vigente na época e estabelecido pela Lei de Modernização dos Portos. De modo geral, o Decreto nº 6.620/2008 definiu três possibilidades de participação de entes públicos ou privados no fomento e desenvolvimento dos portos nacionais. A primeira foi a concessão de portos organizados por meio de licitação, destacando-se que qualquer interessado na exploração do serviço poderia, mediante concessão, requerer à Antaq a abertura do respectivo processo licitatório. A segunda foi o arrendamento de instalações portuárias mediante licitação, desde que integrantes do Plano Geral de Outorgas e Programa de Arrendamento do Porto, conforme disposto no artigo 25, § 1º do Decreto nº 6.620/2008, destacando-se que a ampliação de área arrendada somente seria permitida em área contígua e quando comprovada a inviabilidade técnica,

operacional e econômica de realização de licitação para novo arrendamento. A terceira foi a autorização para construção e exploração de instalação portuária de uso privativo. Nesse ponto, o decreto ratificou que os terminais privativos deverão operar precipuamente com as cargas próprias de seu proprietário e, residualmente, com as cargas de terceiros.

Apesar de as modificações trazidas pelas normas mencionadas terem buscado aprimorar e dinamizar a atividade portuária, verificavam-se, ainda, muitos aspectos deficientes no setor. A dificuldade, o custo e o tempo para a realização de operações indicavam que, após dezesseis anos da edição da Lei nº 8.630/1993, continuavam a existir significativos problemas estruturais a serem resolvidos.

A par dessa situação, o Tribunal de Contas da União realizou um diagnóstico da situação dos portos no Acórdão nº 1904/2009, sobre planejamento portuário e sustentabilidade financeira das autoridades portuárias, e no Acórdão nº 2896-2009, sobre processos de arrendamento e concorrência. Nesses estudos, foram avaliados os entraves à expansão e à modernização da infraestrutura do segmento portuário, sob a perspectiva da atração de investimentos. O Acórdão 1904/2009 tratou do planejamento do setor e da sustentabilidade financeira das companhias docas e fez uma série de recomendações à SEP/PR e à Antaq. Em suma, esses estudos do Tribunal de Contas indicaram à época que, muito embora as mudanças introduzidas pela Lei nº 8.630/1993 tenham buscado implementar uma gestão privada às atividades operacionais, ainda havia grandes dificuldades por parte das autoridades portuárias para suprir as necessidades dos operadores e usuários.

Em 2012, o Governo Federal institui o Programa de Investimentos em Logística (PIL), fixando premissas para melhor atender às necessidades do setor portuário, entre elas o aumento da movimentação de cargas e a diminuição dos custos logísticos no país. O PIL, em suas vertentes ferroviária, rodoviária, aeroportuária e portuária, representa uma visão de política pública de planejamento integrado e multimodal dos fluxos de cargas, com o propósito último de reduzir custos para movimentação de carga interna e para exportação.

Paralelamente, com a edição da Medida Provisória nº 595/2012, posteriormente convertida na Lei nº 12.815/2013 – nova Lei dos Portos –, e regulamentada pelo Decreto nº 8.033/2013, foi estabelecido o novo marco regulatório do setor portuário. A entrada em vigor da nova Lei dos Portos alterou significativamente as atribuições dos entes do setor. Um dos principais objetivos da nova Lei dos Portos foi proporcionar mais agilidade e modernizar o setor, reduzindo os custos das transações. Nesse sentido, a nova legislação dos portos traz importantes inovações, que alteraram significativamente a modelagem das concessões e arrendamentos nos portos organizados brasileiros.

Durante a vigência da Lei nº 8.630/1990, o critério de julgamento nas licitações de arrendamento portuário era o de maior oferta, em que a licitante vencedora seria aquela que oferecesse o maior valor de outorga, ou seja, que pagasse o maior valor ao Estado para assumir o arrendamento. Nesse modelo, o valor cobrado pelo serviço prestado pelo arrendatário não era controlado pelo Estado. Com a nova legislação, não há mais a obrigatoriedade de pagamento de valor de outorga, uma vez que serão considerados como critérios para julgamento, de forma isolada ou combinada, a maior capacidade de movimentação, a menor tarifa ou o menor tempo de movimentação de carga, e outros estabelecidos no edital.

A escolha pelo critério de capacidade de movimentação, menor tarifa ou menor tempo de movimentação de carga, ao invés do pagamento de valor de outorga, parece funcionar como um instrumento de política econômica, que busca responder aos questionamentos colocados à atividade portuária, em cenário em que a franca expansão da atividade pode representar um instrumento de desenvolvimento para o país. É possível que o poder público tenha priorizado, em um primeiro momento, durante a vigência da Lei nº 8.630/1993, a necessidade de se adquirirem recursos para investir na infraestrutura dos portos enquanto agora prioriza a movimentação comercial no porto, de modo a incentivar a eficiência das operações.

Outra mudança fundamental trazida pela Lei nº 12.815/2013 que diz respeito a alterações nas competências dos entes envolvidos no setor portuário. De acordo com o novo marco regulatório, o poder concedente, representado pela SEP/PR, fica responsável por elaborar o planejamento setorial em conformidade com as políticas e diretrizes de logística integrada, bem como definir as diretrizes para a realização dos procedimentos licitatórios, inclusive para os respectivos editais e instrumentos convocatórios, conforme previsto no art. 16, I e II da Lei nº 12.815/2013. Trata-se da prerrogativa de implementar políticas públicas, sendo possível afirmar, nesse sentido, que a SEP/PR é responsável, basicamente, pelo plano estratégico do setor portuário. Já à Antaq compete, entre outras atribuições como a fiscalização dos serviços, a elaboração do edital de licitação para a concessão de serviços portuários e arrendamento, bem como a realização do procedimento licitatório – com base nas diretrizes definidas pela SEP/PR –, conforme previsto no art. 6º, §§ 2º e 3º, da Lei nº 12.815/2013. Essas atribuições podem ser entendidas como estando no plano tático do setor portuário. Por fim, compete à administração do porto organizado, denominada autoridade portuária, as atribuições previstas nos arts. 17 e seguintes da Lei nº 12.815/2013. Fica a autoridade portuária, incluindo-se nesse grupo as Companhias Docas, incumbida de atribuições referentes meramente ao plano operacional, desenvolvendo atividades como a arrecadação dos valores das

tarifas relativas às suas atividades e a fiscalização de obras de construção e da operação portuária.

A lei em questão atribuiu à SEP/PR, entre outras competências, a de elaborar o planejamento setorial em conformidade com as políticas e diretrizes de logística integrada. O novo marco legal também atribuiu à referida Secretaria a competência para definir as diretrizes das licitações de áreas dentro dos portos organizados e para celebrar contratos de arrendamento portuários. Essas competências conferidas à SEP/PR, juntamente com a diminuição das atribuições das administrações dos portos, demonstram o movimento de centralização institucional promovido pelo novo marco regulatório do setor portuário.

Essa tendência centralizadora diferencia-se do modelo que tem sido adotado fora do Brasil. O BNDES (2011), em estudo comparado sobre a institucionalidade do setor portuário em diferentes países, constatou uma forte utilização de modelos descentralizados para a formação de políticas e planejamento regional, se estendendo até os processos de outorga de novos portos. Os modelos regionalizados trazem uma série de implicações, como maior agilidade para a abertura de portos e mudança no papel do governo central, que, ao invés de atuar como órgão diretivo, restringe-se a atuar como indutor de políticas nacionais.

Tradicionalmente, o arranjo institucional estabelecido no modelo de agências reguladoras consiste na regulação, fiscalização, formulação de diretrizes para os editais de licitações, entre outras competências, tudo pela agência reguladora do setor, que atua representando o poder concedente. A estruturação do arranjo é simples, uma vez que a agência reguladora atua desde a formulação dos editais de licitação dos serviços até a sua fiscalização.

De acordo com o novo marco regulatório do setor portuário brasileiro, as competências dos entes estatais foram distribuídas entre a SEP/PR, a Anaq (agência reguladora) e as administrações dos portos. Trata-se de um modelo complexo, pois não há apenas a agência reguladora, mas também uma secretaria e as administrações dos portos. Embora as atribuições mais estratégicas estejam centralizadas na SEP/PR, esses entes trabalham de forma conjunta e integrada para executar as políticas públicas formuladas para o setor e pôr em prática as operacionalizações dos portos.

Feitas essas considerações a respeito das mudanças trazidas pela Lei nº 12.815/2013, cabe, agora, tratar da caracterização jurídica da figura dos arrendamentos portuários. É importante ressaltar que o novo marco regulatório distingue dois tipos de “outorga”: de um lado, a *concessão* do porto organizado; de outro lado, o arrendamento de instalações dentro do porto organizado. No presente artigo, será analisada somente a caracterização jurídica dos arrendamentos portuários, que conferem a um particular o direito de exploração

de áreas e instalações portuárias operacionais, dentro do porto organizado, destinadas à movimentação e à armazenagem de cargas ou ao embarque e desembarque de passageiros.

O termo “outorga” costuma ser utilizado com frequência no universo das concessões, porém, é preciso ter cautela na sua utilização, pois muitas vezes ele é empregado de forma imprecisa. Geralmente, é usado para designar qualquer transferência de serviço público a particular. Isso pode até ser correto se considerarmos o sentido lato da palavra “outorga”, como uma entrega, uma transferência. Porém, tecnicamente, outorga é uma forma de descentralização da Administração Pública, em que a Administração Pública Direta, por meio de lei própria, institui ou autoriza a criação de ente da Administração Indireta (Autarquia, Empresa Pública, Sociedade de Economia Mista, Fundação Pública). Na outorga, transfere-se não apenas a prestação do serviço, como nas delegações, mas também a sua titularidade. Já a expressão “valor de outorga” tem outro significado: é um valor ofertado por uma licitante nas licitações para concessão com critério de julgamento “maior oferta” (Lei 8.987/1995). Diferente, também, é o “Plano de Outorga”, que relaciona as áreas que serão arrendadas dentro do porto organizado, para uso público, ou autorizadas, no caso de terminais de uso privado.

O arrendamento portuário é uma figura típica do direito civil, que estabelece uma figura contratual pela qual o arrendador cede o direito de uso e gozo de uma propriedade imobiliária por certo tempo, mediante o pagamento pelo arrendatário de uma prestação monetária. Respeitada a destinação do imóvel, o arrendatário, em regra, pode explorá-lo da forma que bem entender, usar as técnicas produtivas que achar mais adequadas, atingir o nível de eficiência que conseguir e, se o serviço realizado no imóvel implicar cobrança, pode estabelecer os preços que quiser. Afinal, o arrendamento é um instituto do direito privado, por isso não cabe ao arrendador interferir na atividade desenvolvida pelo arrendatário, desde que esteja recebendo o valor de arrendamento acordado.

Quando a Lei nº 8.630/1993 instituiu a figura do arrendamento portuário, o modelo de concessões de serviços públicos, apesar de já previsto na Constituição Federal, ainda não tinha regras definidas por legislação específica, o que ocorreu somente após a edição da Lei de Concessões (Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995). Por isso, quando a Lei nº 8.630/1993 incorporou a figura do arrendamento, o fez justamente no intuito de preservar os aspectos privados desse instituto. Como já mencionado neste artigo, os arrendatários recebiam o arrendamento mediante pagamento de valor de outorga e, embora houvesse previsão de alguns parâmetros para medir o desempenho do serviço, não havia, por exemplo, controle sobre as tarifas cobradas dos usuários dos serviços prestados nas instalações arrendadas. Em geral, sob a vigência da Lei nº

8.630/1993, os arrendatários possuíam maior liberdade para desenvolver seus serviços, utilizando-se das instalações arrendadas dentro do porto.

A Lei nº 12.815/2013 manteve a figura do arrendamento portuário, porém adaptada à nova realidade jurídico e política vigente. No aspecto jurídico, optou-se por observar os princípios da Lei de Concessões, que já estavam em plena vigência; no aspecto político, o governo estava determinado a incentivar a produtividade e diminuir os custos das operações portuárias. A solução foi manter a figura do arrendamento portuário, porém, agregando aspectos que o aproximam a uma concessão de serviço público.

Conforme a nova Lei dos Portos, nos contratos de arrendamento, além da especificação da área ocupada, há, também, a definição e as condições referentes ao serviço a ser prestado, já que se trata de um serviço de natureza pública. Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, que o Estado presta diretamente ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de direito público, portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia (MELLO, 2004).

Pelo fato do arrendamento portuário tratar-se de um serviço de natureza pública, é preciso atentar para o texto do já mencionado art. 175 da Constituição Federal, que prevê as hipóteses de delegação de serviços públicos por meio de concessão ou permissão. Mediante a concessão, a prestação do serviço é transferida a um agente privado que se remunerará, via de regra, pelas tarifas que os usuários lhe pagarão em razão da fruição do serviço, mantendo o Estado a titularidade e os controles públicos sobre ele. Assim, uma vez que o serviço público prestado na área arrendada é de titularidade do Estado, isso significa que, mesmo concedendo o serviço, ocorre apenas a transferência de sua prestação – de sua execução –, mas o Estado continua com a prerrogativa de estabelecer parâmetros para o seu controle e regulação, além de poder retomar a prestação do serviço se assim considerar necessário.

Conforme salienta Dallari (2009), o contrato de arrendamento portuário, desde a vigência da Lei nº 8.630/1993, é análogo a um contrato de concessão. Conforme o novo marco regulatório em vigor, o arrendamento portuário é regido por normatização própria, a Lei nº 12.815/13, aplicando-se, subsidiariamente, a Lei Geral de Licitações (Lei 8.666/93) e a Lei de Concessões de Serviços Públicos (Lei 8.987/1995). Nesse sentido, é importante notar que, embora a outorga de instalações portuárias tenha mantido a denominação de “arrendamento”, que é uma figura típica do direito civil, ela possui, de fato, todas as principais características de uma concessão de serviço público. Segundo Neto e Leite (2003, p. 150):

“A caracterização do arrendamento como uma concessão de serviço público considera, em primeiro lugar, que o simples fato do contrato ter o nome de arrendamento não o faz submeter-se, automaticamente, ao regime do

arrendamento previsto no Código Civil e autorizado por meio do Decreto-lei nº 9.760/46. Em Direito não há palavras mágicas, cujo mero uso teria o condão de dar a natureza dos seres jurídicos. Importa, pois, não o nome que se dê ao negócio jurídico, mas sim a natureza das relações estabelecidas e as consequências que delas advêm.”

Portanto, o direito portuário vigente fornece uma denominação *sui generis* para a delegação das instalações portuárias. Apesar de o arrendamento ser um instituto típico do direito privado, os arrendamentos portuários funcionam de forma muito semelhante – senão idêntica – a uma concessão de serviço público, em que o Poder Concedente não só tem a possibilidade de regular a tarifa praticada, como também estabelece parâmetros para avaliação de desempenho, além de metas e prazos para o alcance de níveis de serviço. Isso garante, de um lado, a participação da iniciativa privada na execução de serviços de natureza pública e, de outro lado, um maior controle do Estado sobre o serviço prestado.

O novo marco regulatório do setor portuário sob a perspectiva da teoria processual administrativa da regulação

Apresentadas algumas das principais características do atual marco regulatório do setor portuário, busca-se, neste tópico, propor considerações para tentar responder, com base na teoria processual administrativa da regulação, se as regras estabelecidas pelo novo marco regulatório do setor portuário permitem ou não a existência das condições necessárias para a regulação orientada à satisfação do interesse público.

Com base no exposto, é possível sustentar que as condições para a obtenção de uma regulação benéfica ao interesse coletivo estão, de fato, presentes no setor portuário. Primeiramente, porque o novo marco legal portuário está inserido no modelo de concessões – mesmo no caso dos arrendamentos, como já apontado neste artigo –, de modo que, além da própria Lei dos Portos, existem outros mecanismos do direito administrativo estabelecidos na Lei de Licitações e na Lei de Concessões que permitem um certo controle da atividade regulatória capaz de direcioná-la ao interesse público.

Entre esses mecanismos, destacam-se a necessidade de realização de audiências e consultas públicas, a fiscalização realizada pelos órgãos de controle, sobretudo pelo Tribunal de Contas da União, e, ainda, a fiscalização cruzada entre os entes do setor portuário.

Quanto à audiência e a consulta públicas, como já mencionado, elas estão previstas na Lei nº 9.784/1999. A audiência pública propicia um debate público e pessoal por pessoas físicas ou representantes da sociedade civil, considerado o interesse público de ver debatidos temas cuja relevância ultrapassa os limites

dos interesses individuais e alcança a coletividade. Trata-se da possibilidade de se realizar debates orais em sessão previamente designada para esse fim, tendo a oralidade, portanto, como seu traço marcante. A consulta pública, por seu turno, permite à agência que consulte a opinião pública por meio da manifestação firmada através de peças formais escritas a serem juntadas no processo administrativo.

Além da consulta e audiência públicas, a Lei nº 9.784/1999, em seu art. 33, faculta aos órgãos e entidades administrativas, nas matérias relevantes, a adoção de outros meios de participação popular, a exemplo de reuniões, convocações e troca de correspondências.

No caso específico das licitações do setor portuário, foram realizados pela Antaq, com a participação da SEP/PR, de integrantes das autoridades portuárias, empresários, usuários e cidadãos, procedimentos de audiência e consultas públicas para todas as áreas a serem licitadas (ANTAQ, 2014).

No que diz respeito à fiscalização pelos órgãos de controle, sabe-se que o Tribunal de Contas da União tem acompanhado todo o processo de licitações conduzido pela SEP/PR no âmbito do Programa de Arrendamentos Portuários. A esse respeito, vale citar o Processo TC 029.083/2013-3 para análise dos editais de licitação referentes ao Bloco 1 do Programa de Arrendamentos, que inclui as áreas de Santos, Belém, Santarém, Vila do Conde e terminais de Outeiro e Miramar. De fato, o acompanhamento e controle por meio dos órgãos de controle confere uma maior transparência aos atos de regulação do setor portuário, assim como de outros setores.

Quanto à fiscalização entre os entes do setor portuário, é interessante notar que embora essa seja uma das principais funções da Antaq, a SEP/PR e até mesmo as autoridades portuárias exercem, de certa forma, um acompanhamento recíproco dos seus atos. Isso garante uma espécie de fiscalização cruzada entre os entes do setor. Nesse sentido, o arranjo institucional complexo do setor portuário, que envolve múltiplos atores, tende a contribuir para uma maior *accountability* dos atos de regulação.

Uma última questão sobre esse ponto diz respeito ao fato de a SEP/PR, que é órgão vinculado diretamente à Presidência da República – portanto, mais sujeito, em tese, a pressões de grupos de interesses – atuar na regulação do setor portuário em conjunto com a Antaq. Poder-se-ia questionar, nesse sentido, se esse seria um fator positivo ou negativo para a correta regulação do setor. Realmente, enquanto as agências reguladoras têm competência para lidar com questões predominantemente técnicas, a SEP/PR tem a função principal de auxiliar o(a) presidente na formulação das políticas e diretrizes de exploração do setor. Contudo, os mesmos mecanismos de direito administrativo que permitem controle da atividade regulatória, utilizados em relação à Antaq, também costumam ser utilizados, na prática, em relação às atividades da SEP/PR, como

já mencionado neste tópico. Portanto, é possível afirmar, com base na teoria processual administrativa da regulação, que a atividade regulatória no setor portuário, na sua atual configuração, não estaria completamente vulnerável a sistemas de trocas de favores e realização de interesses de grupos, como sugere a teoria da *public choice*.

Essa análise buscou levantar alguns pontos de debate para maior aprofundamento em pesquisas futuras. De qualquer modo, é importante ressaltar que esses exemplos de mecanismos para assegurar o atendimento do interesse público na atividade regulatória não garantem, por si sós, que todo ato regulatório será legítimo. O que aqui se propõe é que esses mecanismos oferecem condições mínimas a partir das quais é possível que haja a consecução de objetivos da coletividade no processo de regulação.

Conclusão

O modelo jurídico-institucional de exploração de serviços públicos no Brasil tem sido definido por um perene embate entre as esferas do público e do privado. Ao longo do tempo, essas duas concepções têm influenciado, em maior ou menor medida, a adoção de políticas públicas no país.

Constata-se, no modelo de concessão, um meio-termo entre a estatização e a privatização: ao Estado cabe a função de delegar o serviço, conforme normas rígidas pré-definidas em edital de licitação, bem como a função de fiscalizar o serviço, por meio de agências reguladoras, fazendo cumprir todas as suas condições; à iniciativa privada cabe a prestação do serviço, mediante um processo de concorrência pública. Nesse sentido, o modelo de concessões estabelece uma certa compatibilização entre as esferas do público e do privado, buscando agregar as vantagens trazidas pela contribuição da iniciativa privada com a segurança proporcionada pelo poder regulatório do Estado. Essa mesma lógica que busca conciliar aspectos do público com o privado pode ser constatada no âmbito do direito portuário.

Quanto ao modelo de agências reguladoras, o marco regulatório do setor portuário atribuiu um novo arranjo de competências para os entes do setor, quais sejam Antaq, Secretaria de Portos e administrações portuárias. Esse arranjo institucional instituído pelo novo marco legal diferencia-se do modelo tradicional de agências reguladoras, uma vez que se trata de um modelo mais complexo, que envolve múltiplos atores além da agência reguladora e das empresas prestadoras dos serviços delegados.

Embora a outorga de instalações portuárias tenha mantido a denominação de “arrendamento”, que é uma figura típica do direito civil), ela possui, de fato, todas as principais características de uma concessão de serviço público, em que o Poder Concedente não apenas tem a possibilidade de regular a tarifa praticada,

como também estabelece parâmetros para avaliação de desempenho bem como metas e prazos para o alcance de determinados níveis de serviço. Isso garante um maior controle do Estado sobre as atividades.

No que diz respeito à teoria processual administrativa da regulação, buscou-se fazer uma breve discussão no intuito de verificar se as regras estabelecidas pelo novo marco regulatório do setor portuário permitem ou não a existência das condições necessárias para a regulação orientada à satisfação do interesse público. Argumentou-se que as condições para a obtenção de uma regulação benéfica ao interesse coletivo estão, de fato, presentes no setor portuário, dada a existência de mecanismos do direito administrativo como a realização de audiências e consultas públicas, a fiscalização realizada pelos órgãos de controle, sobretudo pelo Tribunal de Contas da União, e, ainda, a fiscalização cruzada entre os entes do setor portuário, já que a Antaq, a SEP/PR e até mesmo as autoridades portuárias exercem de certa forma um acompanhamento recíproco dos seus atos.

O arranjo institucional do setor portuário suscita, assim, uma série de questionamentos. Por exemplo, deve-se perquirir se essa divisão de competências entre múltiplos atores é eficaz ou não para a implantação de políticas públicas e operacionalização dos serviços. Essas questões do setor portuário exemplificam, portanto, alguns dos desafios da institucionalidade da exploração de serviços públicos no Brasil. O atual modelo de concessões permite obter, de um lado, qualidade e menor preço dos serviços, decorrente da competitividade na iniciativa privada e, de outro lado, a possibilidade de um rigoroso controle estatal, desempenhado por meio das agências reguladoras. Contudo, também é importante atentar para questões específicas, como a maneira pela qual se elaboram os editais de licitação, permitindo competitividade, qualidade e menor preço, e também para a necessidade de prover às agências reguladoras a capacidade técnico-operacional necessária para um sistema de fiscalização funcional. Por fim, é possível constatar a importância da ampliação do processo de controle social, que pode ocorrer por meio de consultas públicas e também da formulação de políticas públicas do setor, articuladas de maneira contínua com os órgãos e entidades representativas dos diversos interesses sociais.

Referências Bibliográficas

- AGUILLAR, F. H. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- ALVEAL, C. *Estado e Regulação Econômica: O Papel das Agências Reguladoras no Brasil e na Experiência Internacional*. **Anais do**

- Seminário de Direito Internacional e Regulação Econômica.** Escola Superior do Ministério Público da União: Rio de Janeiro, 2003.
- ANTAQ. **Audiência pública.** 2014. Disponível em: <http://www.antaq.gov.br/portal/AudienciaPublica.asp>. Acesso em: 10 dez 2014.
- ARAGÃO, A. S. *Delegações de serviços públicos.* **Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico.** Vol. 16, Nov/Dez/Jan, 2009.
- BNDES. **Análise e avaliação da organização institucional e da eficiência de gestão do setor portuário brasileiro.** 2011. Disponível em: < <http://www.bndes.gov.br/>>. Acesso em: 25 ago. 2014.
- CROLEY, S. P. *Regulation and public interests: the possibility of good regulatory government.* Princenton: Princenton University Press, 2007.
- DALLARI, A. A. *et al.* **Regulação Portuária e Concorrência: Pareceres jurídicos e econômicos.** Abratec, 2009.
- FACCIO, A. J.; RÜCKERT, A. A. *As Contradições da Reforma do Estado de Modelo Neoliberal: Atores Locais/Regionais e o Projeto de Reativação do Trecho Ferroviário Passo Fundo - Marcelino Ramos/RS.* **Revista de Geopolítica.** Vol. 2, nº 2, p. 109-124, jul./dez. 2011.
- MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro.** 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.
- MELLO, C. A. B. **Direito Administrativo.** 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.
- MOREIRA Neto, D. F. *Mutações nos Serviços Públicos.* **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico,** Salvador, nº 1, fev/mar/abr. 2005.
- NETO, F. A. M.; LEITE, F. B. *Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário.* **Revista Trimestral de Direito Público,** São Paulo, nº 42, p. 142-164, 2003.
- NUNES, E.; PEIXOTO, V.; RIBEIRO, L. M. **Agências Reguladoras no Brasil.** Rio de Janeiro: Observatório Universitário, 2007.
- RUA, M. G. *Análise de Políticas Públicas: Conceitos Básicos.* In: RUA, M. G. (org.). **O Estudo da Política: Tópicos Seleccionados.** Brasília: Paralelo 15, 1998.
- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão nº 1904/2009.** Plenário. Processo nº 021.200/2008-9. Relator: Walton Alencar Rodrigues, 2009a.

- _____. **Acórdão nº 2896/2009**. Plenário. Processo nº 021.253/2008-2. Relator: Walton Alencar Rodrigues, 2009b.
- _____. **Desenvolvimento de Infra-Estrutura de Transportes no Brasil: Perspectivas e Desafios**. Brasília. 2007.